



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 6 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por la Comunidad de Propietarios del (...), por daños ocasionados en las terrazas y otras zonas del edificio como consecuencia de las obras desarrolladas por el Ayuntamiento en (...) (EXP. 407/2019 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad extracontractual de dicha Administración, iniciado el 4 de octubre de 2018, a instancia de la Comunidad de Propietarios del (...), en solicitud de indemnización por los daños sufridos en las terrazas y otras zonas del edificio como consecuencia de las obras desarrolladas por el Consistorio en (...), entre los años 2016 y 2018, bajo la dirección y responsabilidad del citado Ayuntamiento, en virtud del art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL).

2. Los interesados cuantifican la indemnización que solicitan en 10.846,44 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Resulta aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y los arts. 32 y

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, porque la reclamación fue presentada el 4 de octubre de 2018, después de la entrada en vigor de la Ley citada LPACAP.

También es aplicable, específicamente, el art. 54 LRBRL.

Desde el punto de vista sustantivo, igualmente es aplicable el art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al haberse iniciado la tramitación del expediente de contratación, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Disposición transitoria primera y Disposición Final decimosexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). Consta en los antecedentes del expediente acta de comprobación de replanteo, de fecha 16 de enero de 2018, del contrato de obras denominado «Mejora de los pluviales y otras redes de (...)», por lo que el expediente de la contratación de las citadas obras se inició y se adjudicó con anterioridad a dicha fecha.

4. El daño por el que se reclama no deriva de un acuerdo plenario, por consiguiente, de acuerdo con el art. 107 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias, corresponde al Sr. Alcalde-Presidente la competencia para su resolución, sin perjuicio de la delegación en la Concejala Delegada (art. 40 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias).

5. Los reclamantes están legitimados activamente porque pretenden el resarcimiento de los daños materiales que dicen haber sufrido como consecuencia de unas obras ejecutadas por el Ayuntamiento. El Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal, según el art. 26.1.a) LRBRL.

6. La reclamación se interpone dentro del plazo de un año establecido por el art. 67 LPACAP. Según este precepto el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho lesivo. Los hechos lesivos se sitúan entre 2016 y 2018, las obras se recepcionan en abril de 2019 y la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el 4 de octubre de 2018.

7. Por último, como repetidamente ha razonado este Consejo, entre otros en el DCC 99/2017, el hecho de que la Administración mantenga relación contractual con

una compañía de seguros no significa que ésta sea parte en el procedimiento, puesto que la Administración responde directamente a los administrados de su actuación, sin perjuicio de que a la aseguradora se le pidan los informes que la Administración considere pertinentes.

II

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la Comunidad de Propietarios (...) con fecha 4 de octubre de 2018 señala lo siguiente:

«Debido a las obras en (...), se viene haciendo uso de las terrazas del (...) como zona de paso para el uso público. Esto aumenta el deterioro y mal estado de las mismas. Las fotografías que se adjuntan se puede apreciar el cierre con vallas y el paso obligatorio por nuestras terrazas, así como el peligro de caída por el hundimiento y desnivel que presenta la terraza debido al desarrollo de las obras».

Adjunta a la reclamación fotografías de los daños por los que se reclama, pero no cuantifica los mismos.

Posteriormente, en trámite de mejora, la Comunidad reclamante aporta diversa documentación, entre la que se encuentra informe pericial con valoración de los daños por importe de 10.846,44 euros. Asimismo, propone como prueba, la documental aportada y para el caso de que la Administración no considere la validez o eficacia probatoria de alguno de dichos documentos interesan la remisión de oficios a los organismos públicos emisores de los documentos públicos presentados y citación de los autores de los documentos privados para ratificar su autoría, certeza y veracidad de los mismos.

III

1. Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

- Escrito con registro de entrada n.º 2018/13989, de 4 de octubre de 2018, presentado por la administración de la Comunidad de Propietarios del (...), solicitando ser indemnizada por varios daños sufridos en las zonas comunes del inmueble sito en (...) de Los Realejos. Posteriormente, el 13 de diciembre de 2018, dicha Comunidad vuelve a presentar escrito sobre agravación de los daños por la acción de la maquinaria de las obras delante del edificio el día anterior.

- Escrito con registro de entrada n.º 2019/6196, de 26 de abril de 2019, presentado por la administración de la Comunidad de Propietarios del (...) en el que se aporta informe pericial de fecha 8 de enero de 2019 emitido por el Gabinete Técnico de Peritaciones Master Peritas y firmado por la arquitecta técnica (...), perita tasadora de seguros, en el que se señalan los siguientes daños en las zonas comunes de la comunidad: daños en el pavimento de la terraza exterior de la comunidad y sus muros de cerramiento y grietas en la rampa de acceso al garaje.

Entre las causas y circunstancias del siniestro se señalan que el desprendimiento de la vía y acerado a la altura del edificio en (...), son consecuencia de la obra de reparación de dicha vía llevada a cabo desde el año 2016 hasta 2018, a través del uso de varias excavadoras y diversa maquinaria pesada, lo que ha ocasionado (como consecuencia de las vibraciones y del asentamiento del terreno, propio del desprendimiento), daños en el solado con acabado de loseta, cerramiento de la terraza de acceso y aparición de grieta en la rampa de acceso de vehículos al garaje del edificio.

Se concluye en el informe lo siguiente:

1. Origen causal de los daños: El desprendimiento de la vía y acerado a la altura del edificio así como la obra de reparación de (...).

2. La causa de los daños: vibraciones.

Cuantifica la reclamación de daños materiales en diez mil ochocientos cuarenta y seis euros con cuarenta y cuatro céntimos de euro (10.846,44 €).

- Consta en el expediente acta de comprobación de replanteo que certifica que se ejecutan las obras contenidas en el proyecto «Mejora de los pluviales y otras redes de (...)» por la empresa contratista (...) y que se comenzaron a ejecutar el día 16 de enero de 2018.

- Consta la contratación de la entidad (...) para llevar a cabo la dirección facultativa de las obras, así como la coordinación de seguridad y salud, mediante contrato adjudicado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión ordinaria celebrada el 5 de febrero de 2018.

- Consta en el expediente acta de recepción de las obras del proyecto «Mejora de los pluviales y otras redes de (...) de fecha 12 de abril de 2019».

- Con fecha 29 de abril de 2019 se concedió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria de la obra, (...), sin que hiciera alegaciones.

- Con fecha 29 de abril de 2019 se concedió trámite de audiencia a la dirección facultativa de las obras de (...), (...), presentando el día 11 de mayo de 2019 «Informe respuesta al informe pericial aportado por la Comunidad de Propietarios del (...)», firmado por (...), Ingeniero de Caminos Canales y Puertos de (...), Ingeniero y director de las obras de (...).

El director de obras de (...) informa lo siguiente:

«El pasado 29 de abril de 2019 el Ayuntamiento de Los Realejos traslada a esta Dirección de Obra el informe pericial aportado por la Comunidad de Propietarios del (...) situado en (...).

En contestación a dicho informe pericial se elabora el presente documento, poniendo de relieve carencias importantes en el informe aportado por la Comunidad de Propietarios.

1) Antes del comienzo de la obra ya se había detectado las fisuras en las zonas comunes del Edificio (...). Tal y como se demuestra en las fotografías del anexo nº01 del presente informe, las jardineras y muros que limitan con la acera de (...) tenían fisuras de gran tamaño tanto en el suelo como en los muretes de las jardineras antes del comienzo de la obra.

Estas fisuras se pueden ver en el street view de Google earth.

2) La Oficina Técnica del Ayuntamiento de Los Realejos advirtió a la contrata (...) y a esta Dirección de obra de esas fisuras preexistentes. La comunidad de propietarios y el Ayuntamiento ya eran conscientes de esta debilidad del edificio. Las mayores fisuras se presentan en las zonas comunes y en las jardineras y no se apreciaban desperfectos en el edificio principal.

3) Debido a la perentoriedad de la obra del nuevo encauzamiento de pluviales de (...) se dan comienzo a las obras con especial vigilancia a las fisuras de dicho edificio colocando testigos de yeso para ver si las fisuras se agrandaban durante las obras.

4) Durante la excavación del nuevo marco de encauzamiento se comprueba que las jardineras y zonas comunes del edificio están cimentadas sobre tierra vegetal (material no apto para cimentar encima) y sin la compactación adecuada lo que refleja un desperfecto de base de dicho edificio.

Hay que recordar que (...) está construida sobre un barranco y que, en los años 80 se procedió a su relleno para construir esta nueva vía. Tal y como quedó

demostrado durante la obra, en los rellenos que se hicieron en los años 80 se utilizó material no apto para cimentar una vía, utilizando sobre todo tierra vegetal y escombros de obras cercanas. Además, no se compactó este material correctamente ni en capas finas tal y como se deben hacer estos rellenos.

Esto se unió al hecho de que no se ejecutó una red de saneamiento ni una red de pluviales de forma correcta produciéndose fugas de agua al subsuelo y lavado de material.

Esta mala ejecución de la vía provocó socavaciones en (...) que provocaron cortes de vía y fisuras en los edificios colindantes.

Debido a estos cortes de vía y a la mala red de pluviales y saneamiento, el Ayuntamiento de Los Realejos encarga el proyecto constructivo de "Mejora de la red de pluviales y otras redes de (...)" a (...) Ingenieros. El proyecto se finaliza en septiembre 2017 y, tras todos los informes favorables de las Administraciones implicadas dan comienzo las obras el 16 de enero de 2018.

En dicho proyecto se explica más detalladamente las causas de los desperfectos de la propia vía y se planteaban las soluciones a ejecutar. A modo de resumen de dichas causas se plantean los siguientes croquis

En estos croquis también se puede ver como los propios edificios si están cimentados en roca pero parte de las zonas comunes y jardineras están cimentadas sobre rellenos de muy mala capacidad portante.

Esto explica porque había fisuras preexistentes en las zonas comunes y jardineras. La causa es un desperfecto en la construcción de las zonas comunes del edificio cimentadas sobre rellenos de muy baja capacidad portante, mal compactadas, que se vio agravado por la presencia de agua en el subsuelo por la mala red de pluviales y saneamiento en la propia avenida.

Estos hechos son anteriores a la obra ejecutada. De hecho, las obras han solucionado en parte los problemas concernientes a la vía al disponer ya una nueva canalización de pluviales sin fugas y una nueva red de saneamiento sin fugas que evitan que el subsuelo se llene de agua que provocaría empeorar las condiciones geotécnicas del terreno existente. Además, se han dispuestos dos colectores drenantes para disminuir la cantidad de agua subterránea a lo largo de la vía.

5) Tal y como especifica en el informe pericial, la perito (...) realizó la visita al (...) el 28 de diciembre de 2018 cuando el grueso de obra en ese tramo de (...) ya se había terminado.

No hace mención a que las fisuras eran preexistentes a la obra, un detalle muy importante que si conocen los propietarios del (...).

El informe asegura que la causa de las fisuras son las obras desde al año 2016 hasta el año 2018 en (...). Una afirmación que no está sustentada en ningún razonamiento ni argumentación. De hecho se confunde en las fechas porque las obras empezaron en el 2018, y más concretamente, frente al (...) en abril de 2018.

CONCLUSIONES

La relación causa-efecto esgrimida en el informe pericial entre la obra de "Mejora de le red de pluviales y otras redes de le (...)" y las fisuras del (...) es errónea. No está ni argumentado en el informe pericial. Las fisuras eran preexistentes a la obra y este hecho tan importante está omitido en el informe pericial.

La causa de dichas fisuras es un desperfecto en la construcción de las zonas comunes del edificio cimentadas sobre rellenos de muy baja capacidad portante, mal compactadas, que se vio agravado por la presencia de agua en el subsuelo por la mala red de pluviales y saneamiento en la propia avenida. Estos hechos son anteriores a la obra ejecutada tal y como demuestran las fisuras que ya existían antes de 2018.

De hecho, las obras han solucionado en parte los problemas concernientes a la vía al disponer ya una nueva canalización de pluviales sin fugas y una nueva red de saneamiento sin fugas que evitan que el subsuelo se llene de agua que provocaría empeorar las condiciones geotécnicas del terreno existente. Además se han dispuestos dos colectores drenantes para disminuir la cantidad de agua subterránea a lo largo de la vía».

- Con fecha 25 de julio de 2019 se concedió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria de la obra de (...), presentando informe el día 13 de agosto de 2019 R.E Tele 2019/867.

El informe de fecha agosto de 2019 emitido por el Departamento de Calidad de (...) concluye lo siguiente:

«1. Las fisuras que se reclaman aparecidas en el (...) son anteriores al inicio de las obras del proyecto "Mejoras de los pluviales y otras redes de (...)" que comenzaron en enero de 2018.

2. La Comunidad de Propietarios del (...) y los técnicos municipales de la Unidad de Obras y Proyectos Municipales, de la Gerencia de Urbanismo tienen datada la existencia de fisuras y daños en la zona de terrazas en fechas anteriores al inicio de las obras "Mejoras de los pluviales y otras redes de la (...)" ejecutadas por (...)

3. La documentación gráfica que posee (...) así como los análisis justificativos esgrimidos en el presente informe corroboran que los daños y las fisuras en el (...) son anteriores al inicio de las referidas obras.

4. Las causas de las grietas y desperfectos que se reclaman, tanto en los muros, en las jardineras y en los solados de las terrazas, deben tener su origen en el diseño y dimensionado de la cimentación de los muros de la terraza, así como en la ejecución del soporte resistente del pavimento y/o de las propias zapatas de las paredes más próximas a lo que fue la vaguada del antiguo barranco y que es el frente de las terrazas de la fachada principal.

5. Las patologías provocadas por este soporte resistente no consolidado o de compactación deficiente han podido ser aceleradas por procesos continuados de lavados de finos, motivados por filtraciones naturales o procedentes de fugas suficientemente documentadas de las canalizaciones existentes, pero nunca por los trabajos de maquinaria usada por (...) en la ejecución de las obras».

- Con fecha 11 de septiembre de 2019 se concedió trámite de audiencia a la administración de la Comunidad de Propietarios del (...), sin que hasta la fecha de la Propuesta de Resolución (que no consta) haya hecho alegaciones.

- La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Propietarios del (...) respecto a los daños en las zonas comunes del inmueble, por falta de prueba del nexo causal entre éstos y las obras del proyecto de «mejora de los pluviales y otras redes de (...)».

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 42 LRJAP-PAC).

IV

1. A la vista de la documentación incorporada al expediente, este Consejo considera que nos encontramos ante un procedimiento incompleto, al faltar el informe de la Oficina Técnica Municipal, que es, al parecer, el Servicio bajo cuya responsabilidad se desarrollaron las obras «Mejoras de los pluviales y otras redes de (...)», a las que se atribuye por la entidad reclamante la presunta lesión indemnizable.

La preceptividad de este informe deriva del art. 81.1 LPACAP, que señala que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo para su emisión. En el expediente consta informe de la dirección facultativa de las obras y de la empresa contratista, pero no consta informe del Servicio del Ayuntamiento responsable de la supervisión de dichas obras, que, por el contenido del informe de la dirección facultativa, parece ser la Oficina Técnica Municipal.

2. Como hemos señalado en otras ocasiones en las que se produce la misma circunstancia, el informe preceptivo del Servicio municipal no puede sustituirse por los informes de la empresa a la que se adjudicó la dirección de las obras o el de la que ejecutó las mismas.

En este sentido, decíamos en nuestro Dictamen 226/2014, de 18 de junio, lo siguiente:

«(...) el informe del Servicio al que se refiere el art. 10.1 RPAPRP es el del Servicio del propio Ayuntamiento, que ya consta en el expediente, no pudiendo sustituirse el referido informe del Servicio por el informe que realice la empresa concesionaria del mismo u otras empresas que se contraten para informar técnicamente, como reiteradamente ha indicado este Consejo en anteriores dictámenes (Dictamen 547/2012, de 26 de noviembre, por todos), sin perjuicio de que dicha empresa pudiera ser parte en el presente procedimiento en orden a las responsabilidades derivadas de lo dispuesto en el art. 97.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), art. 198.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) -preceptos ambos citados expresamente en la comunicación efectuada a E. por el Servicio de Gestión y Control de Servicios Públicos del Ayuntamiento con registro de salida del 23 de enero de 2013 (folio 30 del expediente)- y art. 214.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que reproduce lo indicado en los preceptos anteriores.

Por tanto, el informe que elabora la empresa concesionaria es un informe técnico que puede asumir o no el Servicio responsable del propio Ayuntamiento y debe servir para aclarar la causa del hecho lesivo (...).

3. Sobre la preceptividad del informe del Servicio de la Administración en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, también nos hemos pronunciado en nuestros dictámenes 469/2012, de 1 de junio, 292/2014, de 3 de septiembre, 32/2015, de 28 de enero, 54/2015, de 23 de febrero y, más recientemente, en el

462/2018, de 18 de octubre, en el cual se condensa la doctrina del Consejo de Estado, de los Consejos Consultivos y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este particular, al que se refería (vigente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) el art. 10 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, -y que actualmente se contiene, como hemos señalado, en el art. 81.1 LPACAP-, de la siguiente manera:

«(...) El procedimiento administrativo y, especialmente en este caso, el procedimiento de reclamación patrimonial por lesiones ocasionadas por los órganos de la Administración, es un procedimiento garantista. En este plano garantista se sitúa lo establecido en el art. 10 RPAPRP cuando señala que en todo caso, se solicitará el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

En este procedimiento, el posible daño causado no proviene de una actuación material de la Administración de la Comunidad Autónoma sino por una decisión de carácter jurídico al denegar las licencias solicitadas por la entidad reclamante. En este caso, el referido informe del servicio podría haber sido un informe únicamente jurídico pero no existe en el expediente ningún informe anterior a las alegaciones que reúna las condiciones necesarias para considerarlo el informe del servicio que establece el ya señalado art. 10 RPAPRP.

La Doctrina del Consejo de Estado y la de los Consejos Consultivos incluida la de este Órgano establecen claramente tanto el carácter garantista del procedimiento administrativo como la obligatoriedad del informe del servicio.

En este sentido, el Dictamen 2072/1999 del Consejo de Estado emitido en relación a una consulta del Ministerio de Fomento sobre la tramitación de los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial señala:

“3. Los procedimientos han de instruirse de manera escrupulosa por los órganos administrativos, sin que sea dable suprimir algún trámite, salvo que la norma que los regula permita específicamente hacerlo”.

Para continuar indicando “En la fase de instrucción, el órgano competente debe solicitar los informes que sean preceptivos y los necesarios para resolver (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 82.1), debiéndose emitir en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro mayor.

Ahora bien, consciente la Ley de que, en ocasiones, la complejidad de los asuntos tramitados hace de difícil o imposible cumplimiento el plazo general de tramitación del procedimiento, habilita para suspenderlo “cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta

Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos" (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 42.5.c). La duración de la suspensión no puede exceder de tres meses.

La lectura del apartado c) del número 5 del artículo 42 evidencia que la suspensión del plazo para resolver no puede adoptarse en cualquier caso. Para que pueda acordarse la suspensión, es preciso que los informes solicitados sean preceptivos y determinantes. No basta que concurra una de estas circunstancias; han de darse las dos: ser preceptivos y ser determinantes del contenido de la resolución.

Por informes preceptivos, han de entenderse los obligatorios conforme al ordenamiento jurídico. Por otra parte, han de considerarse informes determinantes del contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo "determinar" contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo.

5. Lo expresado es de aplicación a los procedimientos tramitados por el Ministerio de Fomento para declarar, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado.

Estos procedimientos deben ultimarse, por lo general y salvo los casos de suspensión o ampliación, en el término de seis meses.

Con ocasión de su instrucción, han de recabarse los informes precisos para la formación del juicio y de la voluntad de la Administración Pública. Sólo en el caso de que se trate de informes preceptivos y además determinantes de la resolución a dictar, puede suspenderse el plazo máximo de resolución.

Cuáles son los informes preceptivos y determinantes en los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado que permiten la suspensión del plazo de tramitación, es cuestión que no puede determinarse con carácter general. El Consejo de Estado comparte el criterio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de que tienen tal carácter el del servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado.

El informe del servicio administrativo causante del daño o del que depende la obra o servicio público que lo causó tiene carácter preceptivo y determinante. Es preceptivo de acuerdo con el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos administrativos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que lo exige "en todo caso". Es determinante, por la propia razón de las cosas, por cuanto permite conocer de manera directa e inmediata las circunstancias concurrentes en cada caso. Nadie mejor que el servicio causante del daño puede pronunciarse sobre su funcionamiento y actuación, sin que sea oponible a ello el de una eventual parcialidad, pues no debe olvidarse que también el servicio causante del daño está obligado a servir con objetividad a los intereses generales, entre los que está, sin duda, resarcir los daños causados a los particulares (Constitución, artículos 103 y 9).

(...) Los tres informes mencionados tienen carácter preceptivo y determinante, como señala la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, tal enumeración no es taxativa. Existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros.

6. Puede ocurrir, y ocurre comúnmente, que, no obstante el deber de tramitar los procedimientos y de hacerlo en el término legalmente señalado, (...)”.

Los distintos Consejos Consultivos mantienen también esta misma línea doctrinal, entre otros, en el Dictamen 45/2004, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de La Rioja o en los Dictámenes 34/2004, de 30 de marzo, y 469/2012, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Este último Dictamen indica:

“Asimismo, es necesario que se emita el Informe preceptivo del Servicio, que no de la empresa concesionaria, sin perjuicio de que se le solicite información específica a la misma, como se ha anticipado, que debe estar referido al estado de conservación en el que se hallaba la valla, su cierre y sus elementos de fijación en el día del accidente, y acerca de si estaba permitida su manipulación por los particulares que acuden al Punto limpio, además del control de las actuaciones que realizan los particulares, como el interesado, en dicho Punto limpio por parte de sus operarios; tras ello, se le otorgará de nuevo el trámite de audiencia al reclamante y se emitirá una nueva Propuesta de Resolución, que se someterá a Dictamen de este Organismo”.

El Tribunal Supremo, en una constante jurisprudencia, mantiene estas mismas consideraciones acogiendo lo señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia de 1 de abril de 2003 en su Fundamento Jurídico Sexto:

“Sexto.- A juicio de esta Sala, los informes, ambos preceptivos, que debían emitir tanto la Abogacía del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda como la Intervención General de la Administración del Estado, revisten una importancia singular en el esquema abstracto

del procedimiento regulado por el Real Decreto 610/1999 que, por ello, les dedica una mención específica en su artículo 12.

Ambos informes son exigidos por el Reglamento con carácter nominativo precisamente a la vista de las complejas circunstancias que presenta el proceso de restitución o compensación de los bienes incautados, proceso cuya complejidad jurídica, monetaria y económica se pone de manifiesto con sólo enumerar los numerosos problemas de los tres órdenes que hemos debido afrontar, y es de suponer que seguiremos afrontando, al resolver litigios como el presente y otros muchos análogos.

Según el designio reglamentario, precisamente para contar con una opinión cualificada desde el punto de vista jurídico y financiero, el Consejo de Ministros, que aquí actúa en el ejercicio de potestades estrictamente regladas, ha de ponderar y tomar en consideración de modo ineludible el parecer de dos órganos de reconocida competencia en sus respectivos ámbitos y, aunque dicho parecer no le vincule, para separarse de él debe hacerlo de modo motivado (artículo 54.1.c de la Ley 30/1992).

Además, el hecho de que los dos informes hayan de emitirse una vez finalizada la instrucción y redactadas las correspondientes propuestas de resolución de las solicitudes corrobora la conclusión de que se trata con ellos de ofrecer al órgano finalmente decisor, no ya al que instruye, una opinión cualificada que el Reglamento considera insustituible (de ahí su carácter preceptivo) y, aun no siendo vinculante, de tal relevancia que bien puede calificarse como "determinante" del contenido de la resolución misma, en el sentido - ciertamente, no exento de ambigüedad- que a este término da el artículo 42, apartado 5, letra c), de la Ley 30/1992, antes citada.

Sobre los rasgos de esta nueva categoría de informes (preceptivos y no vinculantes, pero sí determinantes del contenido de la resolución) a los que se refiere el citado artículo 42 no es fácil hacer consideraciones en abstracto y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En términos generales, enfrentado el Consejo de Estado con una consulta que le dirigió el Gobierno precisamente en torno a esta nueva categoría de informes, consideró (Dictamen de 8 de julio de 1999) que por tales había que entender "los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo 'determinar' contenida en el Diccionario de la Lengua Española".

A juicio del Alto Cuerpo Consultivo, "esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un

procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo".

En sintonía con esta premisa, y para el caso de los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Consejo de Estado, reconociendo igualmente la dificultad de emitir juicios en abstracto sobre esta materia, consideró que tenían aquel carácter, y por lo tanto, eficacia interruptiva del plazo para resolver, los informes emitidos "por el servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado". Enumeración que no era exhaustiva, pues el Alto Cuerpo Consultivo reconocía expresamente que "existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros".

Por nuestra parte, consideramos acertada la interpretación que del referido artículo 45.2 de la Ley 30/1992 hace el Consejo de Estado en el dictamen parcialmente transcrito. Y precisamente el de autos es uno de los supuestos singulares en que la especificidad del papel asignado a la Abogacía del Estado y a la Intervención de la Administración General del Estado, tal como está contemplado en el Real Decreto 610/1999, confiere a sus informes preceptivos la aptitud necesaria para "determinar" el contenido de la resolución final, si entendemos por tal "determinación" la que procede de uno de los elementos clave para conformar la voluntad del órgano decisor.

Consideraciones todas ellas que no impiden, como es natural, que algún o algunos de los informes de hecho emitidos por cualquiera de ambos órganos en un expediente singular incorporen un contenido material que, a posteriori, no sea suficientemente adecuado a la trascendencia que el titular de la potestad reglamentaria quiso darles según el artículo 12 del tan citado Real Decreto 610/1999".

4. La deficiente tramitación del procedimiento que nos ocupa, incumpliendo la incorporación del referido informe preceptivo impide abordar el fondo del asunto planteado. Tal informe resulta relevante para el pronunciamiento de este Organismo, ya que el Servicio correspondiente de la Administración debe pronunciarse sobre la reclamación y el uso público de las zonas comunes del edificio (según la reclamante), y se hace necesario, para analizar la relación de causalidad por parte de este Consejo, determinar si las grietas de los elementos comunes del (...) son o no preexistentes (como afirman los escritos de alegaciones presentados por la empresa a la que se adjudicó la dirección de las obras y por la empresa contratista que las ejecutó) a las obras de «Mejoras de los pluviales y otras redes de (...)» desarrolladas

por el Ayuntamiento en 2018, debiendo aclararse si dichas obras u otras anteriores se ejecutaron desde 2016, como plantea la reclamante; también se hace preciso que la Administración se pronuncie sobre si el estado previo de la vía municipal sobre el que se asientan las obras fue determinante o no de tales daños, o éstos se deben exclusivamente a una mala ejecución de las terrazas y jardineras del (...), y si los daños de los elementos comunes del edificio se agravaron como consecuencia de las referidas obras, como afirma la Comunidad de Propietarios reclamante.

5. Asimismo, debe recordarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 77.2 LPACAP, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, el instructor del procedimiento acordará la apertura de un periodo de prueba y que, conforme al art. 77.3 LPACAP, el instructor solo podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Sobre la apertura del plazo para la práctica de la prueba nos hemos pronunciado, entre otros, en nuestros Dictámenes 19/2016, de 19 de enero; 34/2016, de 5 de febrero y 159/2017, de 11 de mayo. Concretamente, en el Dictamen 19/2016 citado, decíamos lo siguiente:

«(...) La Propuesta de Resolución no se pronuncia al respecto y desestima la pretensión resarcitoria, pese a que si no tiene por cierto lo que se alega por el interesado -que los daños son consecuencia del funcionamiento anormal del servicio de carreteras dependiente del Cabildo- ha de abrir necesariamente un periodo para que se pueda acreditar por los medios de prueba que se propongan la veracidad de sus afirmaciones (art. 80 LRJAP-PAC y art. 9 RPAPRP).

2. Esta ausencia de actividad probatoria por parte de la Administración, máxime cuando se ha reiterado en varias ocasiones, vulnera de manera palmaria las reglas que la rigen, lo que produce en opinión de este Consejo indefensión al interesado en la protección de sus intereses legítimos.

En efecto, en palabras del Tribunal Supremo, "(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses" (STS de 11 de noviembre de 2003).

Toda esa actividad probatoria debió ser permitida y hasta facilitada por la Administración, abriendo período de prueba en el que practicar las propuestas por las partes

(art. 80 LRJAP-PAC y 9 RPAPRP). Al no hacerlo, ni rechazarla motivadamente, produce indefensión al lesionar las posibilidades de defensa de los derechos o intereses legítimos del interesado».

Igualmente, en el Dictamen 159/2017, también abordábamos la necesidad de apertura del periodo probatorio cuando la Administración no tenía por ciertos los hechos alegados por los reclamantes, y señalábamos lo siguiente:

«(...) Pero es que, además y a pesar de ello, también es cierto que con ocasión del trámite de mejora se interesó la práctica de pruebas, debiendo concretarse y practicarse en el trámite probatorio, que no se abrió.

Por lo tanto, a la vista de las conclusiones del propio informe del Servicio y de la Propuesta de Resolución, se ha causado indefensión al interesado, debiendo retrotraerse el procedimiento a fin de cumplimentar este trámite exigido por los arts. 78, 80 y 81 LRJAP-PAC. El propio art. 78 ya señala que se realizarán de oficio los trámites necesarios para la determinación, comprobación y conocimiento de los datos en virtud de los cuales tenga que pronunciarse la resolución, sin perjuicio de los que proponga el interesado. Además, el art. 80 señala que cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por el interesado, el instructor acordará la apertura de periodo de prueba».

6. En definitiva, por las razones expuestas, se considera que procede retrotraer el procedimiento para que la Administración se pronuncie sobre las cuestiones planteadas con anterioridad mediante el correspondiente y preceptivo informe del Servicio, en este caso por la Oficina Técnica Municipal o el Servicio del que dependa la ejecución de las obras a las que se atribuye por la Comunidad reclamante los daños causados.

Una vez emitido el informe referido, y previa audiencia al reclamante, se elaborará una nueva Propuesta que habrá de remitirse a este Consejo para su dictamen preceptivo.

C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento para la emisión del informe preceptivo del Servicio, en los términos indicados en el Fundamento IV.